

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La publicité sur Internet - Le droit en (r)évolution

Gobert, Didier

Published in:
Ubiquité

Publication date:
2000

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Gobert, D 2000, 'La publicité sur Internet - Le droit en (r)évolution', *Ubiquité*, Numéro 7, p. 71-90.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

a le plaisir de vous présenter :

La publicité sur Internet – Le droit en (r)évolution

Didier GOBERT

Assistant à la faculté de droit de Namur – FUNDP (Belgique)
Chercheur au Centre de Recherches Informatique et Droit
Consultant en droit de l'informatique (www.consultandtraining.com)

Consult & Training est une société spécialisée dans l'accompagnement juridique des projets technologiques ainsi que dans l'organisation de formations sur l'ensemble des sujets juridiques liés à l'informatique (contrat informatique), à l'internet, au commerce électronique et aux nouvelles technologies en général.

La publicité sur Internet – Le droit en (r)évolution

Didier GOBERT

Assistant à la faculté de droit de Namur – FUNDP (Belgique)
Chercheur au Centre de Recherches Informatique et Droit
Consultant en droit de l'informatique (www.consultandtraining.com)

Introduction

Chapitre 1. Les espaces d'expression publicitaire sur Internet et les différentes formes de publicité au sein de ces espaces.

Section 1^{ère}. Le World Wide Web

§ 1^{er}. Les bandeaux publicitaires

§2. Les messages interstitiels

§3. La page Web et son contenu

§4. Les métatags

§5. Les hyperliens

Section 2. Le courrier électronique

Section 3. Les autres espaces de publicité : forums de discussion, le *chat* et le FTP

Chapitre 2. La publicité et le droit : une activité fortement réglementée

Section 1. La publicité : une activité directement réglementée

§1. Introduction : un aperçu des textes

§2. Le principe d'identification

§3. Les principes de transparence et de loyauté

§4. Le principe de l'interdiction de la publicité trompeuse

§5. Le principe de l'autorisation réglementée de la publicité comparative

Section 2. La publicité : les questions juridiques connexes

§1. Publicité et vie privée : un mariage difficile

§2. La « publicité » : une œuvre protégée

Conclusion

La publicité sur Internet – Le droit en (r)évolution

Didier GOBERT

Assistant à la faculté de droit de Namur – FUNDP (Belgique)

Chercheur au Centre de Recherches Informatique et Droit

Consultant en droit de l'informatique (www.consultandtraining.com)

Introduction¹

La publicité n'est pas une activité naissante. Depuis des décennies, les commerçants exploitent les différents médias en vue de promouvoir l'image de leurs biens et susciter ainsi la vente de ceux-ci. Néanmoins, si la publicité n'est pas neuve, les moyens de réaliser celle-ci évoluent sans cesse : de nouvelles techniques de communication s'offrent à nous régulièrement. La dernière en date est Internet : les spécialistes s'accordent à dire que, même si l'activité publicitaire sur Internet est naissante et qu'il est encore difficile d'en mesurer toutes les conséquences, Internet est un nouveau média très différent des autres qui révolutionne le secteur de la publicité.

Internet se différencie des autres médias (radio, télévision, presse, affiche, etc.) à plusieurs égards. Premièrement, Internet est un moyen de communication qui permet de véhiculer une grande quantité d'informations. En effet, contrairement aux médias publicitaires traditionnels qui sont incapables de transmettre de nombreuses informations commerciales à un coût acceptable², un site web peut avoir un contenu informatif très riche et facilement actualisable. Le coût de la communication sur Internet ne dépend plus de la richesse de l'information, ce qui est en soi une révolution. Deuxièmement, Internet est un média interactif qui permet de solliciter l'intervention « presque volontaire » de l'internaute. La publicité sur Internet n'apparaît donc plus nécessairement comme un média à sens unique, comme c'était souvent le cas pour les médias classiques. Cette caractéristique lui enlève dans une certaine mesure son caractère intrusif. Troisièmement, Internet constitue un média de masse tout en étant individualisé ! En effet, d'une part, le réseau des réseaux permet de toucher potentiellement l'ensemble des utilisateurs d'Internet et, d'autre part, la collecte des données personnelles des internautes, la centralisation de ces données dans des bases de données et la consultation en temps réel de celles-ci permettent de personnaliser la publicité qui s'affiche à l'écran en fonction du profil de l'internaute.

Ces raisons expliquent en partie l'explosion spectaculaire que connaît actuellement le marché publicitaire sur Internet. Que ce soit aux Etats-Unis ou en Europe, il doublerait chaque année. Ce succès s'explique également par le fait que le nombre d'internautes progresse de manière soutenue tous les mois, que les annonceurs européens sont rassurés par le développement continu des investissements publicitaires aux Etats-Unis et enfin, que les annonceurs traditionnels (banque, automobile, édition, cosmétique, etc.) viennent rejoindre les avant-gardistes, qui étaient concentrés à l'origine dans les secteurs de l'informatique et des nouveaux médias.

On n'imagine plus Internet sans publicité. Celle-ci apparaît désormais comme une composante économique à part entière de ce nouveau média. Pour de nombreux sites qui proposent gratuitement des informations ou des services aux internautes, la publicité constitue une source considérable de revenus permettant de couvrir d'une manière alternative les coûts et ainsi de maintenir la gratuité de

¹ Cet article a été rédigé dans le cadre d'une intervention au colloque sur « L'Internet et le droit » organisé par la Chambre de Commerce Franco-arabe, qui s'est tenu à Tunis du 4 au 6 mai 2000 et a été publié dans les actes de ce colloque. Une version remaniée de cet article est également publiée dans *Ubiquité*, n° 7, décembre 2000, pp. 71 à 90.

² Une affiche ou un spot radio ou TV supportent peu d'informations.

leurs services. Cet aspect est relayé par le considérant 29 de la directive sur le commerce électronique³ qui souligne que « les communications commerciales sont essentielles pour le financement des services de la société de l'information et le développement d'une large variété de nouveaux services gratuits »⁴.

Pour les annonceurs, la publicité permet de poursuivre plusieurs objectifs. Il s'agit en premier lieu d'un moyen permettant de maintenir ou de renforcer la notoriété et l'image d'un produit, d'un service ou d'une société. La publicité est également utilisée en vue de constituer des bases de données de clients/prospects dans le but de recruter de nouveaux clients ou de fidéliser ceux-ci. La publicité permet également de créer du trafic sur un site nouvellement créé et ainsi de le mettre en valeur et de le promouvoir. Enfin, la publicité sur Internet poursuit l'objectif de vendre un produit ou proposer un service directement en ligne. En effet, ce média permet en quelques secondes de passer d'un simple bandeau publicitaire au formulaire de commande du bien vanté, en transitant par la page de description du bien et de l'offre éventuellement faite.

La publicité sur Internet peut prendre des formes très diverses : la bannière, le message interstitiel, l'hyperlien, le courrier électronique, ... Dans un premier chapitre, nous tenterons de répertorier et de présenter ces différentes formes de publicité. Bien que vue sous un jour nouveau et sous des formes nouvelles, la publicité sur Internet s'intègre dans un cadre juridique précis. La nature d'Internet n'a certainement pas pour effet de soustraire cette activité aux différentes législations qui visent à réglementer la publicité et à limiter ses effets indésirables. Nous présenterons dans un second chapitre les réglementations qui s'appliquent à toutes les formes de publicité, indépendamment du média utilisé, mais également les réglementations spécifiques à la publicité sur le réseau des réseaux.

Chapitre 1. Les espaces d'expression publicitaire sur Internet et les différentes formes de publicité au sein de ces espaces

De même qu'il serait erroné de présenter le World Wide Web⁵ comme l'unique application d'Internet, il serait réducteur de considérer les bandeaux publicitaires comme la seule forme de publicité sur Internet, même si ceux-ci constituent pour l'instant la principale source de revenus publicitaires sur ce réseau⁶.

En effet, la publicité est une forme de communication qui peut se retrouver dans différents espaces d'expression sur Internet : au-delà du World Wide Web, le courrier électronique, les forums de discussion, le chat et le FTP (File Transfer Protocol) peuvent être utilisés pour communiquer des messages publicitaires. De plus, au sein de ces espaces d'expression publicitaire, la publicité peut prendre des formes très diverses, évoluant sans cesse : à côté des bandeaux publicitaires, la publicité se présente notamment sous la forme de messages interstitiels, d'hyperliens, de métatags, de sponsoring, de partenariat, de courrier électronique ou de documents joints par attachment à un courrier électronique.

³ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JOCE L178 du 17 juillet 2000, disponible aussi à l'adresse suivante : http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/media/electcomm/index.htm

⁴ Parmi les différents sites qui vendent de l'espace publicitaire, citons par exemple les annuaires et moteurs de recherche (Yahoo, Alta Vista, Nomade, etc.), les sites éditoriaux (Le Monde, Le Soir, L'Echo, RTL, RTBF, etc.), les fournisseurs d'accès gratuits (Swing, Freebel, etc.), les communautés virtuelles ou portails (Multimania, etc.), les sites financiers (La Bourse de Bruxelles, EuropeanInvestor.com, etc.), ...

⁵ Le WWW permet de fournir par le biais d'un site web l'accès à un contenu multimédia (textes, images animées ou non, sons, etc.).

⁶ Selon une étude menée par PriceWaterHouseCoopers, les bandeaux publicitaires représentaient 91 % des revenus publicitaires français sur Internet pour l'année 1998 : *La publicité sur Internet*, Ouvrage collectif sous la coordination de F.X. Hussherr, Dunod, 1999, p. 94.

Section 1^{ère}. Le World Wide Web

Avec le courrier électronique, le World Wide Web constitue certainement l'une des principales applications d'Internet. Il s'agit de la partie multimédia du réseau des réseaux sur laquelle se trouvent les sites web. Le WWW repose sur deux concepts importants. Premièrement, *la navigation se fait par hyperliens* : les internautes cliquent sur des mots, des icônes ou des images actives pour accéder à d'autres pages web, pour agrandir une photo, pour télécharger des logiciels, etc. Deuxièmement, *le contenu disponible est multimédia* : utilisation d'images statiques, animées, de sons, de séquences vidéos, etc.

Ces caractéristiques expliquent pourquoi le WWW apparaît comme un endroit idéal pour permettre à la publicité de s'exprimer. Les formes que prennent les messages publicitaires au sein des sites web sont multiples. Même si le bandeau publicitaire représente encore la grande majorité des investissements publicitaires, il ne faut pas négliger l'arrivée de nouvelles formes de publicité.

§ 1^{er}. Les bandeaux publicitaires

Un bandeau publicitaire, en anglais *banner*, est un espace d'expression publicitaire occupant une partie de la page web. L'objectif premier du bandeau est d'attirer l'attention de l'internaute afin qu'il clique sur celui-ci, ce qui l'amènera sur le site de l'annonceur et permettra dès lors de promouvoir un produit, un service ou une entreprise voire de proposer un formulaire de commande.



Il existe plusieurs formats standard de bandeaux publicitaires en vue de faciliter la création et la mise en ligne de ceux-ci sur les sites supports⁷. Ces bandeaux sont généralement de petite taille et n'occupent qu'une partie restreinte de la page web afin de ne pas être considérés comme trop intrusifs et de ne pas restreindre le contenu informatif de la page en question. Cette contrainte de format oblige les annonceurs à être innovants – tant d'un point de vue marketing que technologique – sans quoi ils ne pourraient attirer l'attention des visiteurs et les inciter à cliquer sur les bandeaux.

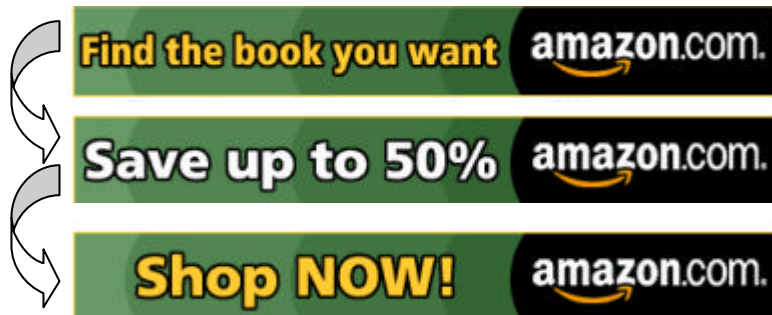
Les *innovations marketing* jouent notamment sur la forme du bandeau, sur le graphisme et sur la promesse publicitaire. Cela peut passer, par exemple, par la mise en place de jeux et de concours tels que « Gagnez un voyage » ou « Participez à un concours gratuit », par des offres promotionnelles, des messages d'incitation tels que « Cliquez ici » ou « Cliquez-moi ».



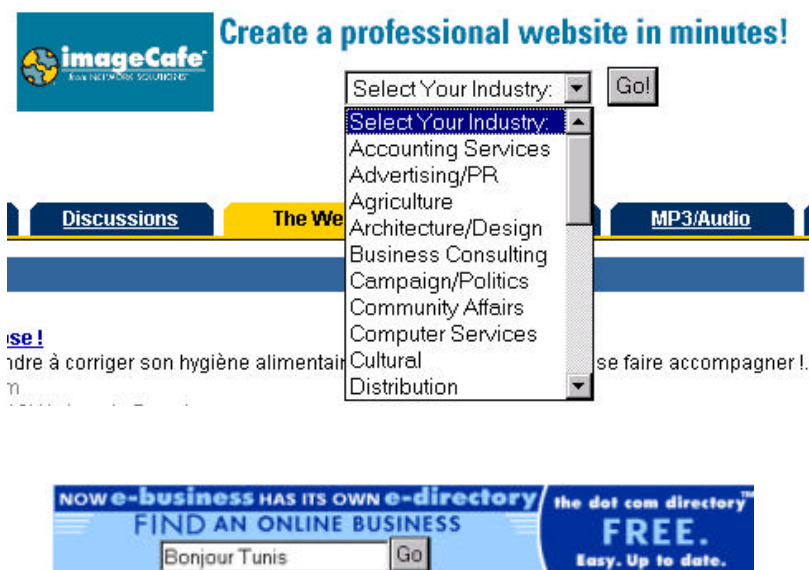
⁷ Pour une présentation de ceux-ci, voy. *La publicité sur Internet*, Ouvrage collectif sous la coordination de F.X. Hussherr, Dunod, 1999, pp. 93 et s.

Les *innovations technologiques* sont, elles aussi, nombreuses et évoluent sans cesse. Elles présentent l'avantage de favoriser la créativité en offrant une plus grande palette d'expressions sur un espace réduit. Comme innovations technologiques⁸, on citera par exemple :

- le **gif animé** : cette technologie permet de mettre en ligne des bandeaux animés c'est-à-dire dans lesquels se succèdent plusieurs images différentes à une vitesse plus ou moins élevée ;



- les **applets java** : il s'agit d'un programme qui se déclenche sur l'ordinateur de l'internaute. Par exemple, le premier bandeau, au format standard, invite l'internaute à obtenir de plus amples informations en cliquant sur un bouton « en savoir plus » ; une fois cliqué, la taille du bandeau augmente pour donner des informations supplémentaires et plus détaillées. L'internaute peut répéter l'opération jusqu'à aboutir à un formulaire d'achat. Le bandeau publicitaire devient ainsi un espace commercial à part entière, un mini site dans le site qui permet de mener l'internaute directement à l'achat ;
- le **streaming** et la **technologie flash** : le streaming est une technologie qui permet de limiter le temps de chargement de bandeaux contenant de la vidéo et d'assurer la fluidité de la séquence vidéo tandis que la technologie flash permet de limiter le « poids » du bandeau qui contient des séquences animées d'images et de son, et donc également de limiter le temps de chargement ;
- les **bandeaux html** : il s'agit de bandeaux interactifs qui disposent d'un menu déroulant permettant de cibler le type de visiteur qui y répond et de proposer ainsi une offre adaptée (qui dépendra, par exemple, de l'âge du visiteur).



⁸ *La publicité sur Internet*, Ouvrage collectif sous la coordination de F.X. Hussherr, Dunod, 1999, pp. 96 et s.

L'affichage de bandeaux publicitaires sur un site web requiert des outils techniques de plus en plus perfectionnés⁹.

Dans un premier temps, on utilisait les « bandeaux en dur ». On appelle de la sorte un bandeau faisant partie intégrante de la page web, au même titre que les autres informations qu'elle contient (texte, image, ... non publicitaires). Dès lors, toute personne appelant l'URL de la page web voit ce même et unique bandeau. Cette technique qui a l'avantage de la simplicité présente néanmoins de nombreux inconvénients. D'une part, cela signifie que l'internaute voit durant toute la durée de la campagne publicitaire apparaître le même bandeau chaque fois qu'il consulte la page en question et que ce bandeau est le même, quel que soit le profil de l'internaute qui consulte la page. D'autre part, le bandeau monopolise l'espace publicitaire pour une durée déterminée, ce qui limite les revenus publicitaires de l'éditeur.

Pour pallier à ces inconvénients et exploiter les nombreuses potentialités d'Internet, on a inventé des outils technologiques en vue de dissocier la gestion des bandeaux publicitaires de celle du site web qui héberge ces bandeaux. Ces outils portent le nom de *AdServer* – un serveur, distinct ou non du serveur de contenu du site, dédié uniquement à l'expédition de messages publicitaires – et de *AdManager* – un logiciel de gestion de bandeaux publicitaires.

Avec ces outils, le bandeau publicitaire n'est plus codé en dur, c'est-à-dire que le code envoyé par le serveur de contenu n'est plus un code image, mais un appel à un programme qui va chercher le bandeau dans un serveur distinct, le *AdServer*. De plus, le bandeau affiché ne sera plus nécessairement le même lors de chaque consultation successive du site puisque le *AdServer* contient une multitude de bandeaux publicitaires et le *AdManager* permet de gérer la campagne publicitaire et ainsi d'envoyer des bandeaux en fonction de paramètres prédéfinis (tels que l'heure ou la date de la requête, le moment de la dernière consultation du site par l'internaute identifié par l'adresse IP et d'éventuels cookies, le profil de l'internaute qui peut être connu grâce à la constitution et la consultation de bases de données qui résultent de la collecte préalable et progressive de données sur ces internautes par des cookies ou d'autres moyens tels que des formulaires à remplir, des enquêtes, etc.).

Pour illustrer ces possibilités, on peut donc envisager que plusieurs internautes qui consultent en même temps la page d'accueil du journal *Le Monde*, voient la même page, mais avec un bandeau publicitaire différent, selon qu'ils habitent un pays différent, qu'ils utilisent un navigateur différent, qu'ils travaillent dans telle ou telle organisation ou qu'ils aient déjà consulté cette page auparavant.

Il faut savoir que l'utilisation de ces outils techniques est cachée à l'utilisateur. L'internaute verra généralement apparaître la page web demandée et le bandeau simultanément, sans prendre conscience que ces deux éléments proviennent de sources différentes !

§2. Les messages interstitiels

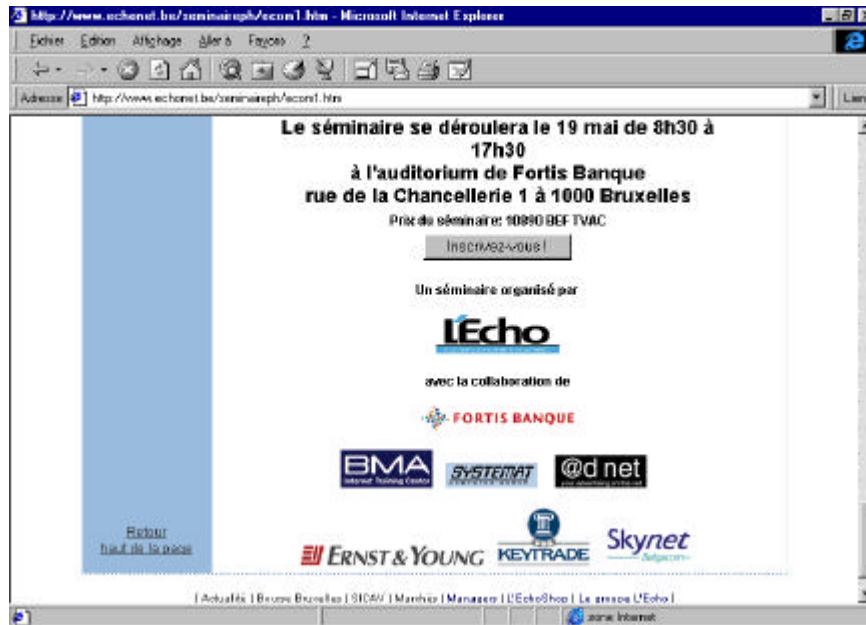
Le message interstitiel est une annonce publicitaire qui est faite pendant quelques secondes entre l'affichage de deux pages web. En effet, entre le moment où l'utilisateur fait une requête, c'est-à-dire demande une page web, et le moment où cette page apparaît à l'écran, il se déroule un certain laps de temps (5 à 10 secondes, voire plus). Ce moment est alors mis à profit pour faire défiler sur la totalité de l'écran de l'internaute un message commercial, appelé message interstitiel.

§3. La page Web et son contenu

La page web a pour vocation de contenir et diffuser une multitude d'informations. Il convient de trier parmi l'ensemble de ces informations, ce qui n'est pas toujours chose aisée, celles qui relèvent des notions de publicité ou de communication commerciale afin d'appliquer les obligations liées à celles-

⁹ Pour une explication détaillée de ces outils techniques, voy. *La publicité sur Internet*, Ouvrage collectif sous la coordination de F.X. Husherr, Dunod, 1999, pp. 155 et s.

ci (confer *infra* chapitre 2). En tous les cas, un site Internet est susceptible de constituer, parmi d'autres, un support publicitaire¹⁰. En France, cette affirmation a été confirmée par la Cour d'appel de Rennes dans un arrêt du 31 mars 2000¹¹ qui rappelle que le critère essentiel du support de publicité réside dans le fait qu'il puisse véhiculer un message commercial, quelle que soit sa forme. Une Cour d'appel allemande a également considéré qu'un site web pouvait constituer un support publicitaire et que les règles relatives à la publicité s'y appliquent. Dans cette affaire, la Cour n'a pas interdit le site web en général mais uniquement les pages qui contrevenaient aux dites règles¹².



Au-delà du bandeau publicitaire, la page web peut contenir d'autres formes de publicité déjà connues. Citons par exemple, le sponsoring et le partenariat qui associent un éditeur et une marque en affichant généralement le logo ou la mention de la marque sur le site web de l'éditeur.

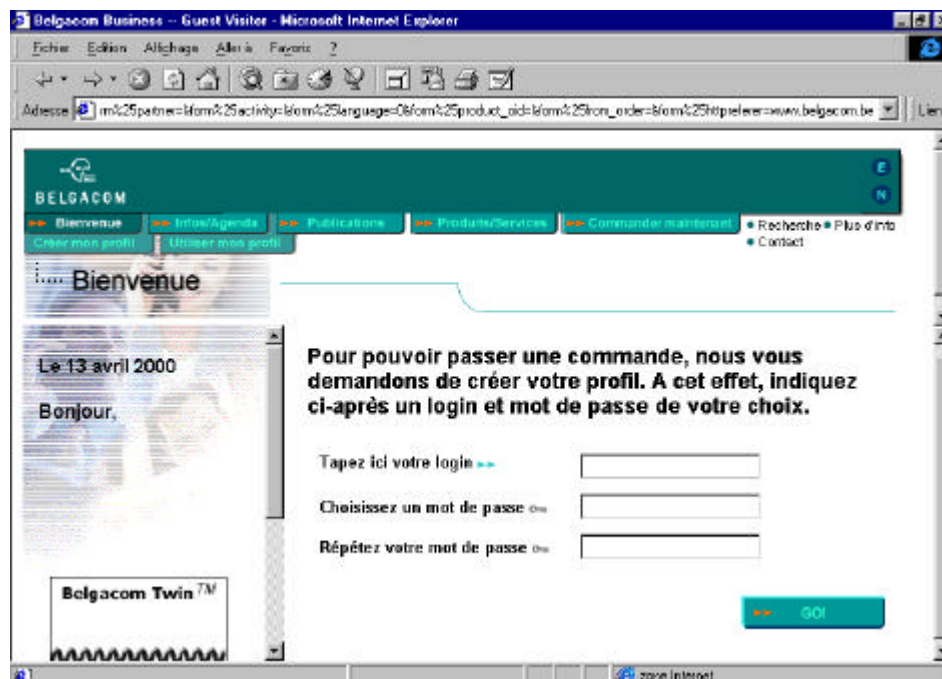
Le sponsoring ou parrainage consiste, pour une marque, à associer son nom à un contenu informatif développé par l'éditeur sur son site web. Le partenariat implique, quant à lui, une intervention plus forte de la part de la marque annonceur qui produit elle-même ou coproduit le contenu rédactionnel en association avec l'éditeur. Ces formes d'expression publicitaire permettent à l'annonceur de proposer son message commercial tout en étant associé à un contenu ayant une valeur ajoutée pour le visiteur, ce qui est moins intrusif et probablement mieux accepté par l'internaute.

Une autre manière de réaliser de la publicité sur une page web est d'utiliser la technologie «*push* ». L'idée consiste à apporter de l'information à l'utilisateur de façon directe, c'est-à-dire sans qu'il ait à venir la chercher lui-même. Pour ce faire, il suffit pour l'internaute de s'inscrire au service qui l'intéresse et de définir ses centres d'intérêt par le biais d'un formulaire *ad hoc*. Il recevra alors immédiatement - soit via la page web, soit par e-mail - des informations sur les sujets qu'il aura choisis. Bien évidemment, quelques messages publicitaires peuvent s'ajouter à ces informations !

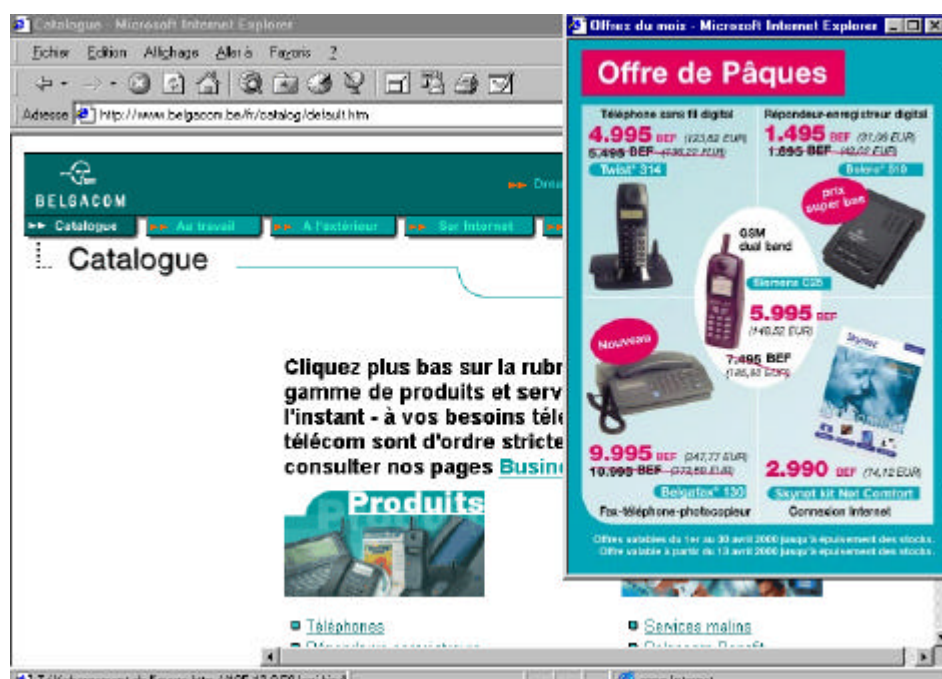
¹⁰ En ce sens, Ch. CURTELIN, « L'utilisation des liens hypertextes, des frames et des méta-tags sur les sites d'entreprises commerciales », *D.I.T.*, n° 99/3, pp. 9 et 10.

¹¹ Décision citée dans *Expertises*, mai 2000, p. 130 et également disponible sur <http://www.legalis.net>

¹² Décision citée dans Ch. HERTZ-EICHENRODE, « Questions juridiques du droit allemand relatives à la publicité sur Internet » in « La publicité » sous la direction de F. GREFFE, *Gazette du Palais*, numéro spécial, 1997, p. 1512.



Enfin, la créativité et l'imagination des annonceurs permettront d'envisager d'autres formes de communication publicitaire que celles qui se fondent dans un bandeau ou un logo affiché à l'écran. La page web peut, par exemple, devenir une véritable « vitrine virtuelle » ou un « catalogue ».



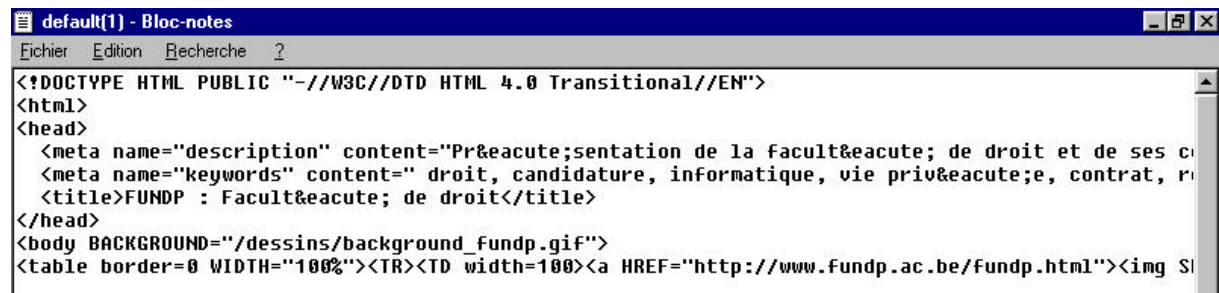
Notons néanmoins qu'en pratique il ne sera pas toujours aisé d'identifier le caractère promotionnel et de distinguer le message publicitaire d'un contenu éditorial ou simplement informationnel. Ainsi, en France, en 1997, l'instance nationale de communication des experts-comptables a considéré que le site des experts-comptables produisant des informations sur les spécialités propres à chaque cabinet, et la mise à disposition du public d'informations telles que lettres d'information, livres et articles, était du *démarchage publicitaire*, alors qu'on pourrait raisonnablement estimer qu'il s'agit de simples

informations. En raison de l'interdiction de la publicité pour ces professions, le site a été interdit¹³. Dans une autre optique, le barreau de Paris a également considéré que ce genre de site web constituait une publicité mais sans toutefois l'interdire, considérant qu'une « publicité sur Internet procurant une information nécessaire et mise en œuvre avec dignité, délicatesse, probité et discrétion, c'est-à-dire la plaquette des cabinets qui le désirent, est autorisée »¹⁴.

§4. Les métatags

Dans le but d'être référencé correctement par les moteurs de recherches, l'on utilise ce qu'on appelle des métatags¹⁵. Cette technique pourrait également être considérée comme une forme de publicité.

Le ou les métatag(s) s'incorpore(nt) dans la composition d'une page web, plus exactement dans le code source, pour en donner les mots-clés ou la description pertinente (la page d'accueil de la Faculté de Droit de Namur intègre dans son code source (code HTML) la description du contenu de la page, soit « Présentation de la Faculté de Droit et de ses centres de recherches », ainsi que les mots-clés suivants : droit, candidature, informatique, vie privée, contrat, responsabilité, audiovisuel, droit d'auteur, systèmes experts, bases de données juridiques, sécurité d'existence, enseignement, gestion, technologie, information, troisième cycle).



```
default[1] - Bloc-notes
Fichier Edition Recherche ?
<!DOCTYPE HTML PUBLIC "-//W3C//DTD HTML 4.0 Transitional//EN">
<html>
<head>
  <meta name="description" content="Présentation de la faculté de droit et de ses c
  <meta name="keywords" content=" droit, candidature, informatique, vie privée, contrat, r
  <title>FUNDP : Faculté de droit</title>
</head>
<body BACKGROUND="/dessins/background_fundp.gif">
<table border=0 WIDTH="100%"><TR><TD width=100%><a HREF="http://www.fundp.ac.be/fundp.html"><img S
```

Les mots-clés ne constituent pas à proprement parler des références ou des localisations sur Internet, mais sont principalement utilisés par des moteurs de recherches pour référencer les pages web¹⁶. Ainsi, le moteur de recherches explore le code source des sites web qu'il visite en y recherchant le titre, les métatags ainsi que les mots du texte. Dès lors, de nombreux concepteurs de page web veillent à ce que certains mots apparaissent dans les métatags ou dans les premières lignes du texte de la page afin de se faire remarquer par les moteurs, et surtout indexer soit de manière exacte, soit dans une autre catégorie voulue mais ne correspondant pas au contenu du site.

Dans ce dernier cas, il s'agit d'un outil de référence qui est utilisé à mauvais escient, ce qui n'est pas sans poser quelques questions juridiques. En effet, certains sites utilisent des métatags, soit pour attirer l'utilisateur qui cherche un site plus connu ou renommé ou concurrent, soit pour déjouer les technologies filtrantes.

Certaines pratiques ont suscité quelques litiges récents. Parmi celles-ci, il en est une qui consiste, pour un site, à incorporer dans sa page web des métatags reprenant la marque de son concurrent afin d'attirer les clients potentiels de ce dernier sur son propre site. Récemment, un juge américain a tranché un litige de la sorte en considérant qu'un tel usage équivalait à reprendre la marque dans une enseigne commerciale et constituait un détournement de clientèle¹⁷.

¹³ « Les experts-comptables interdits de publicité sur Internet », Finance et Droit, *La Tribune*, 25 mars 1997.

¹⁴ Cité dans « La publicité et Internet », N. VARILLE, *Cahiers Lamy droit de l'informatique*, n° 98, décembre 1997, pp. 12-16.

¹⁵ Pour plus d'informations sur les métatags, voir Séverine DUSOLLIER, « Les outils de références : les cartes au trésor de l'Internet », in *Droit des technologies de l'information-Regards prospectifs*, Cahiers du C.R.I.D., n° 16, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 33 à 53.

¹⁶ Les métatags ne sont donc pas directement visibles sur la page web affichée à l'écran de l'utilisateur. Pour déceler les métatags d'une page web, il faudra consulter le code source (code HTML).

¹⁷ S. DUSOLLIER, *op.cit.*, pp. 41-42.

Dans une autre affaire, *Playboy contre Calvin Designer Label*, un fournisseur de service sur Internet avait truffé son site et le code source de celui-ci de références à Playboy, mot de recherche fréquemment utilisé. Le tribunal a interdit d'utiliser la marque Playboy de quelque manière que ce soit, ceci incluant les métatags¹⁸.

Dès lors que l'utilisation de métatags est faite dans le cadre d'une activité de promotion d'un produit, d'un service ou d'une entreprise effectuée à des fins commerciales, on peut considérer le référencement par le biais de métatags comme de la publicité, avec les conséquences juridiques que cela implique¹⁹. Ainsi, on pourrait imaginer qu'une société productrice de chaussures de sport intègre dans le code source de son site web les noms des acteurs ou sportifs avec lesquels elle aurait conclu un contrat de sponsoring ou de publicité. Pourrait aussi constituer une publicité mensongère le fait pour un site d'intégrer dans ses métatags des mots clés lui permettant d'être sélectionné par des moteurs de recherche pour des qualités dont il ne dispose pas. D'autre part, il ne faut pas perdre de vue que l'utilisation de certains métatags pourra dans certaines hypothèses être qualifiée de concurrence déloyale.

§5. Les hyperliens

Les hyperliens sont fréquemment utilisés sur Internet dans le but de renvoyer, par un simple clic, vers d'autres pages du même site ou vers d'autres sites. Même si cela ne constitue pas la règle, on peut imaginer que dans certaines hypothèses, l'hyperlien soit considéré comme une communication commerciale au sens de la directive sur le commerce électronique (confer *infra*) et, de ce fait, soumis à certaines règles²⁰. Ce serait notamment le cas si l'hyperlien renvoyait vers une page web présentant un bien, un service ou l'image d'une entreprise dans le but de promouvoir commercialement ceux-ci (et donc dans un but lucratif). Constituerait par ailleurs de la publicité comparative un site faisant discrètement référence à des produits concurrents en renvoyant par hyperlien aux sites qui commercialisent ces produits. On pourrait en effet imaginer une phrase indiquant : « A l'inverse de certains produits, nos produits décrits sur cette page présentent les caractéristiques suivantes... », la première partie de la phrase étant un hyperlien renvoyant à un site concurrent²¹. Notons à titre illustratif que le Landgericht de Francfort a jugé, le 27 mai 1998, qu'un lien vers un site américain dans l'unique but de procéder à de la publicité comparative interdite en Allemagne constituait une violation de la loi allemande en la matière²².

Concernant les réglementations plus spécifiques, certains sites affichent dans leur page de présentation des liens hypertextes qui permettent de découvrir l'ensemble des campagnes publicitaires étrangères en faveur d'un produit alcoolique, non nécessairement respectueuse de la loi nationale du site. Comme le souligne N. VARILLE, « Peut-on soutenir qu'il s'agit de site purement informationnel ou encore de publicité non destinée aux consommateurs nationaux ? »²³. La réponse est négative si on suit la position adoptée par le Landgericht de Francfort dans l'affaire du 27 mai 1998. D'autre part, qu'en est-il de la qualification de ces liens hypertextes ? Ne peut-on pas considérer qu'il s'agit d'une communication commerciale dans la mesure où cela constitue une forme de communication destinée à promouvoir, si pas directement, ou moins indirectement, des biens (confer *infra*) ? Une telle interprétation ne semble pas excessive.

¹⁸ S. DUSOLLIER, *op.cit.*, pp. 41-42.

¹⁹ En ce sens, voy. N. VARILLE, « La publicité et Internet », *Cahiers Lamy droit de l'informatique*, n° 98, décembre 1997, p. 15.

²⁰ Précisons que l'hyperlien est une technique et qu'il ne constitue pas en tant que tel une communication commerciale. C'est le contexte global dans lequel il est intégré et l'élément qui fait l'objet de l'hyperlien (mot, texte, image, etc) qui vont déterminer si l'hyperlien doit être qualifié de communication commerciale ou non.

²¹ Sur ces différentes questions, voy. Ch. CURTELIN, « L'utilisation des liens hypertextes, des frames et des méta-tags sur les sites d'entreprises commerciales », *D.I.T.*, n° 99/3, pp. 6 à 21.

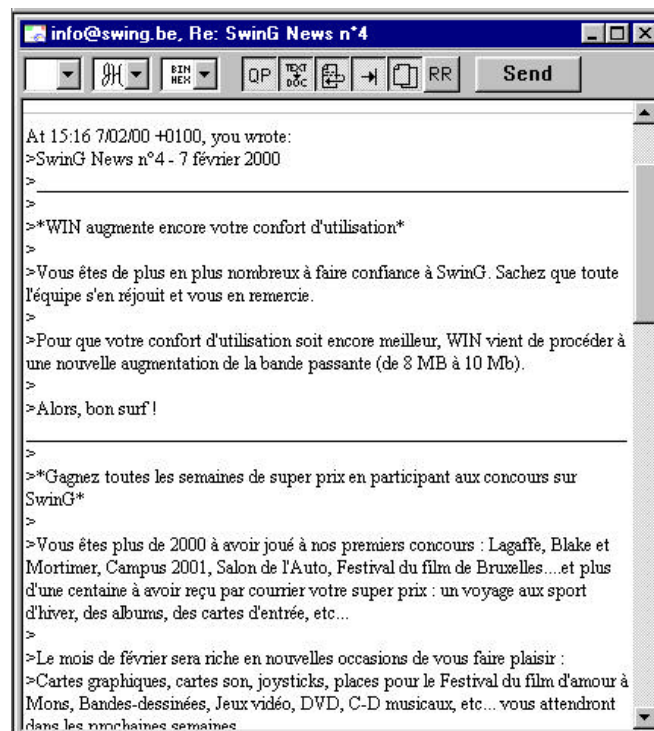
²² Cette décision est disponible à l'adresse suivante : http://www.netlaw.de/urteile/lgf_6.htm

²³ N. VARILLE, « La publicité et Internet », *Cahiers Lamy droit de l'informatique*, n° 98, décembre 1997, p. 14.

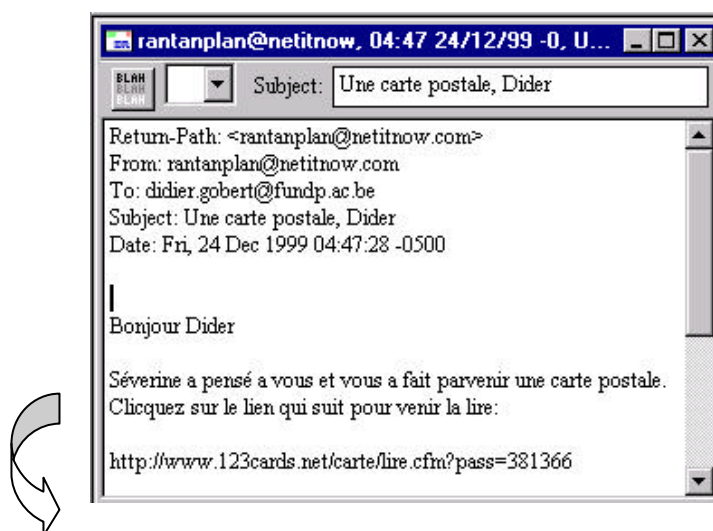
Section 2. Le courrier électronique

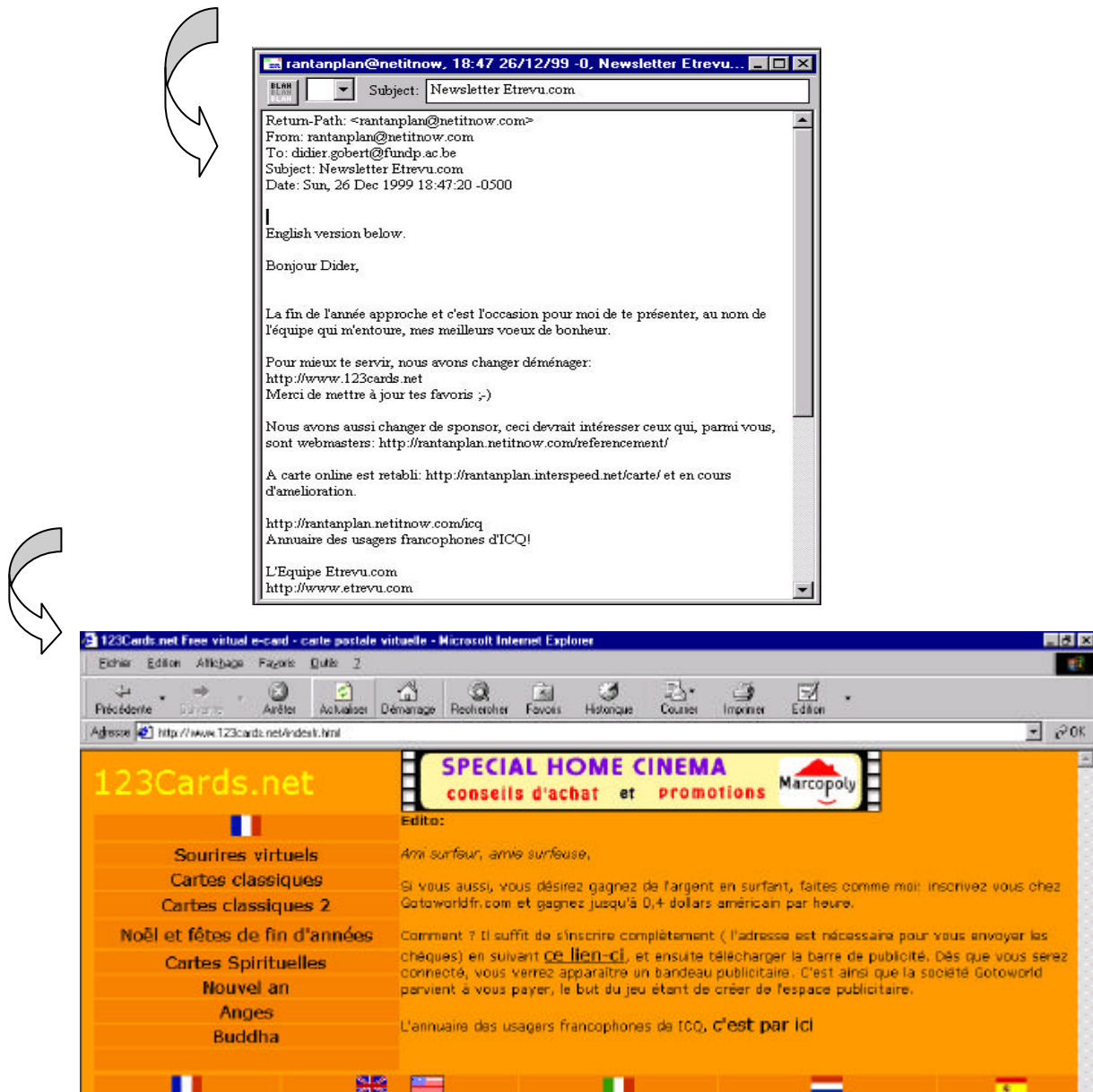
Au-delà du World Wide Web, le courrier électronique apparaît comme un canal important utilisé par les annonceurs, qui disposent des adresses de courrier électronique, pour diffuser des messages publicitaires. La communication publicitaire par courrier électronique peut prendre plusieurs formes :

- L'insertion de messages publicitaires dans un courrier électronique informatif : il n'est pas rare par exemple de recevoir un courrier électronique de son fournisseur d'accès pour informer que le service sera temporairement indisponible ou que les modalités d'utilisation du service changent. En plus de ces informations techniques, le fournisseur en profite pour intégrer quelques messages publicitaires ;



- L'envoi de messages commerciaux à une liste de personnes bien définie : une entreprise n'hésite pas à envoyer des messages à des personnes qui ont consulté son site web et y ont laissé leurs coordonnées, ou encore à des internautes qui ont acheté un produit en ligne. Il n'est pas rare non plus de recevoir un mail publicitaire de la part d'un site web qui vend des « cartes postales électroniques », lorsqu'une connaissance y a laissé vos coordonnées pour pouvoir vous envoyer une carte électronique de félicitations ou autre ;





- L'effet boule de neige : de plus en plus d'annonceurs profitent de ce que de nombreux internautes prennent plaisir à envoyer à leurs amis des courriers électroniques qui contiennent en *attachment* un fichier attractif ou présentant un caractère amusant (jeu, image humoristique, etc.). C'est ainsi que certains annonceurs développent des fichiers à caractère ludique ou humoristique, sans oublier d'y mettre en évidence leur marque, sachant que ces fichiers, contenant accessoirement un message publicitaire, seront diffusés sur le réseau par les internautes eux-mêmes.

Ces méthodes font du courrier électronique un outil efficace et peu coûteux de marketing direct. Il faut toutefois rester extrêmement vigilant dans l'utilisation de ce canal pour diffuser des messages publicitaires pour deux raisons essentielles. Premièrement, elle apparaît comme une méthode intrusive et souvent mal perçue par l'internaute qui la considère comme du *spamming* (envoi de courriers électroniques commerciaux non sollicités par l'internaute). Deuxièmement, l'utilisation du courrier électronique dans un but publicitaire est strictement réglementée par certains textes (confer *infra*).

Section 3. Les autres espaces de publicité : forums de discussion, le *chat* et le FTP

A côté du WWW et du courrier électronique, Internet offre d'autres espaces plus marginaux pour diffuser des messages publicitaires tels que les forums de discussion, le *chat* et le FTP.

Les forums de discussion consistent en un échange d'informations et d'idées sur un thème particulier. Le *chat* est un service qui permet à un utilisateur d'Internet de communiquer en temps réel avec un ou plusieurs autres utilisateurs. Les forums de discussion et le *chat* apparaissent ainsi comme deux possibilités supplémentaires pour les annonceurs de promouvoir leurs produits ou leur image, soit en créant directement leur propre forum de discussion ou en sponsorisant un forum ou un *chat*, soit en intervenant ponctuellement dans un forum de discussion ou dans un *chat* en y déposant un message publicitaire.

Le FTP (File Transfer Protocol) est un protocole de transfert de fichiers qui permet de télécharger rapidement des documents ou des logiciels depuis (et vers) un ordinateur hôte. Le FTP est encore peu utilisé comme espace d'expression publicitaire. Il permet toutefois d'offrir gratuitement certains fichiers tels qu'un économiseur d'écran, des jeux, ... dans lesquels l'annonceur peut intégrer facilement et de manière durable la marque d'un produit ou d'un service.

Chapitre 2. La publicité et le droit : une activité fortement réglementée

La publicité sur Internet est en pleine expansion. Le développement des techniques traditionnelles d'expression publicitaire ainsi que l'émergence de nouvelles formes de publicité sur ce nouveau média ne se font pas attendre. Ce phénomène s'explique à la fois par la jeunesse du média en tant que support de publicité et par la rapidité des évolutions technologiques qui dynamisent la création. Les faibles coûts de création et de production, ainsi que la flexibilité de ce canal, permettent de tester les innovations en situation réelle sans engagements financiers élevés.

Toutefois, tout n'est pas permis, même sur Internet ! Le *corpus* juridique existant continue à s'appliquer. Le secteur de la publicité est fortement et directement réglementé, dans le but soit d'interdire certaines formes de publicité soit d'encadrer l'activité publicitaire en vue d'en limiter les effets indésirables (Section 1)²⁴. À côté de cette réglementation directement liée à la publicité, les pratiques au sein de ce secteur posent certaines questions au regard d'autres branches du droit telles que le droit au respect de la vie privée et les droits de propriété intellectuelle (Section 2)²⁵.

Section 1. La publicité : une activité directement réglementée

§1. Introduction : un aperçu des textes

De nombreux textes, européens ou nationaux, visent à réglementer directement l'activité publicitaire en tant que telle. Au niveau communautaire, trois textes sont principalement à signaler :

²⁴ Nous n'aborderons dans cette contribution que la législation européenne. Notons qu'à cette réglementation, s'ajoutent de nombreux codes de conduite ou recommandation émanant d'organismes non étatiques : Recommandation n° 98-05 du 3 mai 1999 de la Chambre de commerce internationale en matière de publicité et de marketing sur Internet, *Revue Alain Bensoussan – Droit des technologies avancées*, 07/1999, n° 6, pp. 269 à 275 ; Recommandation du Bureau de Vérification de la Publicité relative à la publicité sur Internet, *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, n° 124, avril 2000, pp. 24 à 25. Pour les questions relatives aux contrats de publicité, on consultera utilement M. VIVANT, *Les contrats de commerce électronique*, Editions Litec, Paris, 2000, pp. 159 à 169 et les références.

²⁵ Nous n'aborderons pas dans cet article les questions de droit applicable. Sur ce sujet, le lecteur consultera utilement « La publicité » sous la direction de F. GREFFE, *Gazette du Palais*, numéro spécial, 1997, pp.1503 à 1524.

- La directive relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative²⁶ ;
- La directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, position commune du 28 février 2000²⁷ ;
- Dans une moindre mesure, la proposition modifiée de directive concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 97/7/CE et 98/27/CE, du 23 juillet 1999²⁸.

Ces textes consacrent de nombreuses obligations qui sont applicables aux messages qualifiés de publicité ou de communication commerciale. Encore faut-il, bien entendu, que le message soit qualifié de la sorte pour être soumis aux contraintes réglementaires. Pour ce faire, la directive relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative propose une définition de la publicité dans un contexte général (peu importe le média), tandis que la directive sur le commerce électronique définit la communication commerciale dans le contexte particulier du commerce électronique (sur Internet par exemple).

La directive relative à la publicité trompeuse définit dans son article 2, §1, la publicité comme étant « toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations »²⁹. Cette définition s'applique donc *a priori* à la publicité sur Internet puisqu'elle a une portée générale et qu'elle ne semble pas s'attacher au support utilisé pour diffuser la publicité.

La directive sur le commerce électronique abandonne le concept de publicité pour utiliser celui de « communication commerciale » qu'elle définit dans son article 2 comme « toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une profession réglementée ». La référence à la promotion directe ou indirecte vise à empêcher les cas de contournement de l'interdiction de faire de la communication commerciale pour certains produits ou services. Etant donné les techniques multiples de publicité sur Internet, cette définition est lourde de conséquences puisqu'elle permet de qualifier de communication commerciale de nombreux hyperliens ou métatags qui, s'ils ne promeuvent pas directement un produit ou un service, ont au moins pour effet de promouvoir indirectement ceux-ci.

Selon ce même article, « ne constituent toutefois pas en tant que telles des communications commerciales :

- les informations permettant l'accès direct à l'activité de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne, notamment un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique,
- les communications relatives aux biens, services ou à l'image de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne élaborées d'une manière indépendante, en particulier lorsqu'elles sont fournies sans contrepartie financière ».

²⁶ Directive 97/55/CE du Parlement Européen et du Conseil du 6 octobre 1997 modifiant la directive 84/450/CE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative, *JOCE L*, 23 octobre 1997.

²⁷ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *JOCE L* 178 du 17 juillet 2000, disponible aussi à l'adresse suivante : http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/media/elecomm/index.htm

²⁸ Disponible à l'adresse suivante : http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/finances/consumer/index.htm

²⁹ Le livre vert de la commission de 1996 sur « Les communications commerciales dans le marché intérieur » utilise plutôt la formule de « communication commerciale » définie comme couvrant « toutes les formes de publicité, de marketing direct, de parrainage, de promotion des ventes et de relations publiques destinées à promouvoir des produits et des services ».

Que recouvrent concrètement ces exceptions ? Selon l'exposé des motifs, ne constituerait pas de la communication commerciale : le seul fait de détenir un site³⁰, le fait de donner de l'information qui ne serait pas de la promotion³¹, le lien hypertexte vers un site web de communication commerciale lorsqu'il est créé sans lien financier ou autre contrepartie provenant de la personne détenant ce site³² et enfin la mention du nom de domaine, d'une adresse e-mail, d'un logo ou d'une marque lorsqu'elle est faite sans liens financiers ou autre contrepartie provenant de la personne détenant ce nom de domaine, de l'adresse e-mail, du logo ou de la marque³³.

Malgré ces exclusions, la notion de communication commerciale est relativement large et va au-delà de la notion de publicité, telle que définie par les directives en la matière, puisqu'elle couvre non seulement les formes de promotion d'un produit ou d'un service mais également les formes de promotion de l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'un professionnel³⁴.

Il convient donc de s'interroger au cas par cas si les prétendues formes de publicité présentées dans le chapitre premier relèvent des notions de publicité ou de communication commerciale. Le cas échéant, on appliquera alors les principes développés ci-après. Ces principes sont ceux d'identification (§2), de transparence et de loyauté (§3), d'interdiction de la publicité trompeuse (§4) et de l'autorisation réglementée de la publicité comparative (§5).

N'oublions pas qu'au-delà de ces textes d'application générale, de nombreux textes réglementent de manière contraignante la publicité de certains produits (alcool, tabac, médicament, etc.) ou de certaines professions (avocat, notaire, expert-comptable, pharmacien, etc.). Nous ne présenterons toutefois pas ces réglementations spécifiques³⁵.

§2. *Le principe d'identification*

Le principe d'identification de la publicité ne surprend pas. De nombreux textes nationaux prévoient explicitement l'obligation d'indiquer clairement la mention « publicité » lors de la diffusion de messages publicitaires. Ce souci d'information et d'identification s'explique par la volonté d'une part, de susciter la vigilance des personnes destinataires de ces messages et, d'autre part, d'éviter toute confusion entre un message informationnel et un message commercial. Notons néanmoins que pour certaines formes de publicité, tel qu'un métatag s'il est qualifié de la sorte, la mise en œuvre de cette obligation d'identification peut poser des problèmes pratiques. Comment en effet permettre à l'internaute d'identifier qu'un métatag, qui passe inaperçu car il est intégré dans le code source, constitue une publicité ?

³⁰ Le site en lui-même ne constitue donc pas nécessairement une communication commerciale. C'est son contenu qui pourra éventuellement être qualifié comme tel.

³¹ Avec la difficulté, comme on l'a vu, de distinguer le caractère informationnel du caractère publicitaire d'un message !

³² Dans ce cas, il s'agit d'une promotion indépendante. Cela vise par exemple les hyperliens se trouvant dans une rubrique « liens intéressants » d'une page web d'un particulier renvoyant vers de nombreux sites commerciaux ou les hyperliens qui se trouveraient dans cette contribution à titre illustratif si elle était publiée sur Internet. Notons qu'en pratique, il ne sera pas toujours aisé de déceler l'existence d'un éventuel lien financier ou autre contrepartie.

³³ Il s'agit une nouvelle fois de promotion indépendante. Par exemple, la mention dans cet article du nom de domaine des sites commerciaux ainsi que la mention de l'une ou l'autre marque ne constituent pas une communication commerciale en raison de l'absence de contrepartie (financière). L'exception vise aussi les services de tests achats, de comparatifs, de concours du meilleur produit ou service, etc.

³⁴ R. JULIA BARCELO, E. MONTERO et A. SALAUN, « La proposition de directive européenne sur le commerce électronique : questions choisies » in *Commerce électronique : le temps des certitudes*, Cahiers du CRID, n° 17, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 7 et 8.

³⁵ Pour la Belgique, le lecteur consultera utilement M. LEROY et B. MOUFFE, *Le droit de la publicité*, Bruylant, Bruxelles, 1996, pp. 315 à 331 et 400 à 405 ; Pour la France, *La publicité sur Internet*, Ouvrage collectif sous la coordination de F.X. Hussherr, Dunod, 1999, pp. 217 à 221.

Au niveau européen, ce principe d'identification de la publicité est consacré par la directive sur le commerce électronique. En effet, l'article 6, a) soumet la communication commerciale (bannière, interstitiel, etc.) à une obligation d'identification destinée à informer le destinataire de la véritable nature du message : « la communication commerciale doit être clairement identifiable comme telle ». Ainsi, par exemple, l'identification sera claire s'il s'agit d'un bandeau dont le contenu ne laisse aucun doute sur sa nature. En revanche, l'identification ne le sera plus si la communication commerciale est cachée, ou s'il s'agit d'un article vantant les mérites d'un produit, commandé et financé par un opérateur commercial sans que cela ne soit mentionné, ou encore s'il s'agit d'un site entièrement parrainé par un intérêt privé afin de faire de la promotion sans que cela ne soit mentionné.

Concernant plus particulièrement l'envoi par courrier électronique de communications commerciales non sollicitées³⁶, l'article 7 de cette même directive prévoit également une obligation d'identification. Etant donné les inconvénients que cette pratique (couramment appelée *spamming*) présente tant pour le destinataire (engorgement des boîtes aux lettres électroniques et coûts de connexion supplémentaires) que pour Internet (risque de saturation du réseau), l'article 7, alinéa 1 précise que les communications commerciales non sollicitées par courrier électronique doivent pouvoir être identifiées de manière claire et non équivoque dès leur réception par le destinataire. Ce principe doit être lu en combinaison avec l'article 6, a) qui impose déjà de fournir une information sur le but commercial de la communication, mais on précise ici que, s'il s'agit d'un courrier électronique, l'identification du but commercial doit être possible dès la réception par son destinataire³⁷. D'un point de vue pratique, il suffit d'indiquer dans la partie « *subject* » du message la nature commerciale de celui-ci par un mot tel que « Publicité » ou « Communication commerciale ».

§3. Les principes de transparence et de loyauté

Toute publicité doit respecter le principe de transparence et de loyauté. La transparence est réglementée par les différentes dispositions qui précisent le contenu minimum d'une publicité. A ce titre, l'article 6 de la directive sur le commerce électronique prévoit que, outre l'obligation d'identifier le but commercial du message, la communication commerciale doit contenir au moins les informations suivantes :

- une identification claire de la personne physique ou morale pour le compte de laquelle la communication commerciale est faite ;
- une identification claire, et comme telles, des offres promotionnelles (rabais, primes, cadeaux), lorsqu'elles sont autorisées dans l'État membre où le prestataire est établi, ainsi que les conditions pour en bénéficier qui doivent être aisément accessibles et présentées de manière précise et non équivoque ;
- une identification claire, et comme tels, des concours ou jeux promotionnels, lorsqu'ils sont autorisés dans l'État membre où le prestataire est établi, ainsi que les conditions de participation qui doivent être aisément accessibles et présentées de manière précise et non équivoque.

Selon le texte, un lien hypertexte permettant à l'internaute d'accéder aux informations concernées suffit pour satisfaire à cette obligation de transparence. Il suffira donc au prestataire du service d'offrir

³⁶ Pour les communications commerciales non sollicitées, la proposition de directive relative aux services financiers à distance prévoit également certaines obligations à charge du fournisseur de services. En effet, sans préjudice des dispositions spécifiques consacrées par la directive commerce électronique, l'article 10 prévoit notamment que le fournisseur ne peut utiliser des systèmes automatisés d'appel sans intervention humaine (selon les travaux préparatoires, cela ne semble toutefois pas viser l'envoi automatique d'e-mail) ainsi que le fax qu'avec le consentement préalable du consommateur. Pour les autres moyens de communication (e-mail, téléphone, etc), le consommateur peut être contacté tant qu'il n'a pas exprimé son souhait de ne plus faire l'objet de telles communications (un droit d'opposition est donc reconnu à l'internaute). Des sanctions seront prévues en cas de non respect de cette disposition (par exemple en permettant au consommateur de résilier le contrat à tout moment, sans frais et sans pénalité).

³⁷ Ceci lui permet ainsi de ne pas ouvrir le message et de l'effacer directement ou même de mettre en place des outils de filtrage automatique pour ne pas recevoir ce type de message.

un lien hypertexte depuis la publicité (ou plus largement la communication commerciale) vers les coordonnées de la personne qui effectue ou bénéficie de la communication. Ce même principe s'applique pour les offres, jeux promotionnels et les concours. De plus, l'article précise que ces informations existent indépendamment « des autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire ». Elles doivent donc coexister avec les obligations consacrées notamment par la directive publicité trompeuse et publicité comparative³⁸.

La publicité doit également être loyale. Une publicité loyale s'entend comme une publicité qui n'abuse pas de la confiance du public, qui n'exploite pas le manque d'expérience ou de connaissance du consommateur, qui proscrie toute exploitation de la peur ou de la superstition, qui ne contient aucune incitation à la violence et qui n'encourage aucune discrimination fondée sur la race, la religion ou le sexe³⁹. Pour le reste, de nombreux textes nationaux interdisent certaines publicités au motif qu'elles ne sont pas loyales.

§4. Le principe de l'interdiction de la publicité trompeuse

La directive du 10 septembre 1984 pose le principe de l'interdiction de la publicité trompeuse. Selon l'article 2, §2 de la directive, est entendue comme publicité trompeuse « toute publicité qui, d'une manière quelconque, y compris sa présentation, induit en erreur ou est susceptible d'induire en erreur les personnes auxquelles elle s'adresse ou qu'elle touche et qui, en raison de son caractère trompeur, est susceptible d'affecter leur comportement économique ou qui, pour ces raisons, porte préjudice ou est susceptible de porter préjudice à un concurrent ». Les éléments suivants sont pris en considération pour évaluer le caractère trompeur d'une publicité : les caractéristiques des biens ou services, le prix, la nature, les quantités et les droits de l'annonceur (article 3)⁴⁰.

§5. Le principe de l'autorisation réglementée de la publicité comparative

Depuis la directive du 6 octobre 1997⁴¹, la publicité comparative n'est plus interdite mais est strictement réglementée. Définie comme « toute publicité qui, explicitement ou implicitement, identifie un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent », la publicité comparative n'est licite que si les conditions suivantes sont respectées (article 1, §4) :

- elle n'est pas trompeuse ;
- elle compare des biens ou des services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif ;
- elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives des biens ou services, dont le prix peut faire partie ;
- elle n'engendre pas de confusion ;
- elle ne discrédite pas ou ne dénigre pas une marque ou un concurrent ;
- elle ne tire pas indûment profit de la notoriété d'une marque concurrente ;
- elle ne présente pas un bien ou un service comme une imitation ou une reproduction d'un bien ou d'un service portant une marque ou un nom commercial protégé.

Cette directive n'est pas un texte d'application minimale : les Etats membres ne sont pas autorisés à adopter des règles plus strictes pour protéger le consommateur. Ils ne peuvent donc pas interdire purement et simplement la publicité comparative. Ceci explique que certains Etats membres ont reproduit quasi textuellement le contenu de la directive⁴².

³⁸ R. JULIA BARCELO, E. MONTERO et A. SALAUN, « La proposition de directive européenne sur le commerce électronique : questions choisies » in *Commerce électronique : le temps des certitudes*, Cahiers du CRID, n° 17, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 10.

³⁹ M. LEROY et B. MOUFFE, *Le droit de la publicité*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 380.

⁴⁰ Pour une analyse approfondie des règles relatives à la publicité trompeuse, voy. M. LEROY et B. MOUFFE, *Le droit de la publicité*, Bruylant, Bruxelles, 1996, pp. 226 à 233 et 389 à 392.

⁴¹ Directive 97/55/CE du Parlement Européen et du Conseil du 6 octobre 1997 modifiant la directive 84/450/CE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative, *JOCE L*, 23 octobre 1997.

⁴² Pour une analyse approfondie des règles relatives à la publicité comparative, voy. M. LEROY et B. MOUFFE, *Le droit de la publicité*, Bruylant, Bruxelles, 1996, pp. 234 à 271 et 394 à 399.

Rappelons que l'utilisation de liens hypertextes, de métatags ainsi que de frames permettent aisément d'effectuer de la publicité comparative. Il convient dès lors de respecter les règles évoquées ci-dessus⁴³.

Section 2. La publicité : les questions juridiques connexes

On l'a vu, la publicité fait l'objet d'une réglementation qui s'applique directement à l'activité publicitaire en tant que telle. A côté de cette réglementation particulière, on constate que les pratiques publicitaires sont susceptibles d'intéresser d'autres branches du droit qui leur imposent certaines limites.

§1. Publicité et vie privée : un mariage difficile

Les pratiques publicitaires soulèvent diverses questions au regard des règles relatives au respect de la vie privée. Le problème n'est pas nouveau avec Internet mais il se pose avec plus d'acuité dans la mesure où ce réseau constitue un support particulièrement adapté pour recueillir des données diverses. En effet, depuis quelques années, on assiste au développement du *marketing one-to-one*⁴⁴. L'idée par rapport aux autres formes de marketing n'est plus simplement de cibler la publicité ou l'offre par segment, mais véritablement de l'individualiser pour chaque client. Ce qui n'était pas possible avec la télévision, la radio ou la presse le devient dès lors avec Internet.

La mise en œuvre du marketing personnalisé (one-to-one) sur le réseau des réseaux ne peut fonctionner qu'avec la mise en place d'importantes bases de données accessibles en ligne⁴⁵, qui sont mises à jour et alimentées en permanence. Celles-ci permettent d'établir en temps réel, avec un degré de précision chaque jour supérieur, des recoupements entre des données de toutes sortes. En effet, chaque fois que l'internaute «surfe » sur le réseau, il laisse volontairement, ou le plus souvent involontairement, derrière lui une quantité impressionnante d'informations, qui peuvent parfois (souvent !) être qualifiées de données à caractère personnel. Ces informations sont récoltées et centralisées dans des bases de données puissantes en vue notamment de réaliser des profils de clientèle et de présenter à l'Internaute la publicité *collant* le plus adéquatement à ses centres d'intérêts.

Quelles sont les données laissées sur le réseau ? Ce sont tout d'abord les données livrées par la personne elle-même afin de permettre entre autre la réalisation d'une transaction électronique (nom, adresse, numéro de téléphone, adresse e-mail, numéro de carte de crédit, etc.) ou d'obtenir des informations sur un produit ou sur un sujet par le biais d'un agent intelligent. A côté de ces données livrées volontairement, la personne qui navigue sur le web laisse des traces sans nécessairement en avoir conscience (adresse IP qui permet de déterminer le pays voire l'organisation dans laquelle la personne travaille, type et version du programme de navigation et du système d'exploitation, langue parlée par l'internaute, le cas échéant, informations fournies par les cookies, etc.)⁴⁶, sans compter toutes les informations dont dispose le fournisseur d'accès (horaires et durée de connexion, directions empruntées à la première connexion, gestion des e-mails, fréquence des connexions, pages consultées, etc., en plus des données personnelles fournies lors de l'inscription au service). Ces données prises distinctement ne posent pas nécessairement de problèmes. Par contre, la centralisation de celles-ci dans des bases de données et le recoupement de ces bases de données permettent d'associer ces différentes informations, ce qui n'est pas sans poser quelques risques.

⁴³ Sur cette problématique, voy. l'intéressante contribution de Ch. CURTELIN, « L'utilisation des liens hypertextes, des frames et des méta-tags sur les sites d'entreprises commerciales », *D.I.T.*, n° 99/3, pp. 9-10 et 15 à 18.

⁴⁴ Sur la problématique de l'e-marketing et la protection des données à caractère personnel, voy. la contribution très intéressante de Thierry LEONARD, « E-marketing et protection des données à caractère personnel », disponible sur le site <http://www.droit-technologie.org/>

⁴⁵ Par exemple, Engage Technology ou DoubleClick aux Etats-Unis.

⁴⁶ Sur cette question, voy. J.M. DINANT, « Les traitements invisibles sur Internet », disponible sur le site du CRID : <http://www.droit.fundp.ac.be/crid/eclip/luxembourg.html>

Le danger réside en effet dans la possibilité de constitution de profils comportementaux et d'identités virtuelles entraînant la perte de contrôle de chacun de sa propre image. Le risque est que les responsables de sites, les annonceurs ou les tiers auxquels les données sont cédées, déduisent d'un comportement sur Internet ou d'une série d'achats, une identité qui ne corresponde pas à la réalité : un consommateur pourrait acheter des biens pour le compte d'un tiers ou pourrait visiter des sites qui ne correspondent pas à ses centres d'intérêts réels. Plus grave encore est la perte de gestion que chacun se fait de sa propre image : un internaute donne consciemment telle information, dans tel contexte et pour telle finalité, mais en ignorant le croisement qui sera fait de cette information avec d'autres informations acquises de manière occulte ou de tiers⁴⁷.

Pour limiter ces risques, des balises ont été placées. Le traitement des informations, qui sont qualifiées de données à caractère personnel, doit être effectué dans le respect de certaines règles, qui en Europe, sont principalement fixées par la directive du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. Une analyse complète de cette directive et de ses conséquences sur le traitement des données sur Internet⁴⁸ dépasse notre propos. Nous nous limiterons dès lors à rappeler les principes fondamentaux qui s'en dégagent.

Le traitement (collecte, enregistrement, organisation, conservation, communication, modification, rapprochement ou interconnexion, etc.) de données à caractère personnel doit se faire dans le respect des droits reconnus à la personne concernée. Ces droits peuvent être résumés comme suit⁴⁹ :

1. Le droit à l'information préalable : les fichiers ne peuvent être créés à l'insu de la personne concernée par les données traitées. La société qui décide de ce qui va être fait des données personnelles doit donner spontanément son nom et adresse, le but dans lequel elle récolte les données et les destinataires éventuels des données. Elle doit également informer la personne de ses droits (d'opposition, d'accès, de rectification, etc.).

Les données demandées doivent être adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont récoltées.

2. Le droit à la curiosité : toute personne peut demander à tout organisme s'il détient des données sur elle.
3. Le droit d'accès : toute personne peut obtenir communication des informations qui la concernent en les demandant à l'organisme qui détient le fichier.
4. Le droit de rectification : si la personne a constaté des erreurs concernant ses données, elle peut les faire corriger sans frais.
5. Le droit d'opposition : la personne a le droit de s'opposer pour des raisons sérieuses et légitimes de ne pas figurer dans tel ou tel fichier. Elle peut toujours exiger la suppression de ses données utilisées à des fins de marketing, sans donner la moindre justification et ceci gratuitement.

⁴⁷ S. LOUVEAUX, « Le commerce électronique et la vie privée », in *Le droit des affaires en évolution*, Bruylant-Kluwer, 1999, pp. 183-211.

⁴⁸ Nous renvoyons le lecteur aux nombreux articles traitant de la question, par exemple, S. LOUVEAUX, « Le commerce électronique et la vie privée », in *Le droit des affaires en évolution*, Bruylant-Kluwer, 1999, pp. 183-211 ; Y. POULLET, « De quelques questions relatives à l'application de la directive "Données personnelles" n° 95/46 du 24 octobre 1995 au contexte de l'Internet », *Cahiers Lamy du Droit de l'Informatique*, 10/1997, n°96/F, pp.11-16.

⁴⁹ M. ANTOINE, F. de VILLENFAGNE, D. GOBERT, A. SALAÛN, V. TILMAN et E. WERY, *Guide à destination des utilisateurs d'Internet*, sous la direction du professeur Y. POULLET, Ministère des Affaires économiques, avril 2000, pp. 50-51, disponible à l'adresse suivante : <http://www.droit.fundp.ac.be/crid/>

6. Le droit à l'oubli : les données permettant l'identification d'une personne ne peuvent être conservées indéfiniment. Elles ne peuvent être gardées plus longtemps que la durée nécessaire à la réalisation du but annoncé.

Le responsable du traitement⁵⁰ est quant à lui tenu notamment des obligations suivantes. Préalablement à la mise en oeuvre d'un traitement entièrement ou partiellement automatisé ou d'un ensemble de tels traitements ayant une même finalité ou des finalités liées, le responsable du traitement ou, le cas échéant, son représentant, doit en faire la déclaration auprès de la Commission nationale de la protection de la vie privée. En outre, le responsable du traitement, ou son représentant, doit fournir à la personne concernée auprès de laquelle il obtient les données la concernant et au plus tard au moment où ces données sont obtenues, au moins les informations énumérées ci-dessous, sauf si elle en est déjà informée :

- a) le nom et l'adresse du responsable du traitement et, le cas échéant, de son représentant;
- b) les finalités du traitement (qui doivent être déterminées, explicites et légitimes) ;
- c) l'existence d'un droit de s'opposer, sur demande et gratuitement, au traitement de données à caractère personnel la concernant envisagé à des fins de marketing direct;
- d) d'autres informations supplémentaires, notamment :
 - les destinataires ou les catégories de destinataires des données,
 - le caractère obligatoire ou non de la réponse ainsi que les conséquences éventuelles d'un défaut de réponse,
 - l'existence d'un droit d'accès et de rectification des données la concernant ;

sauf dans la mesure où, compte tenu des circonstances particulières dans lesquelles les données sont obtenues, ces informations supplémentaires ne sont pas nécessaires pour assurer à l'égard de la personne concernée un traitement loyal des données.

Ce simple aperçu des principes généraux relatifs au respect de la vie privée montre déjà que le secteur de la publicité ne donne pas toujours l'impression d'avoir intégré ces exigences dans ses pratiques quotidiennes ! Rappelons que le traitement des données n'est pas nécessairement interdit mais qu'il est strictement balisé et qu'il doit se faire dans la transparence la plus totale pour l'internaute...

§2. La « publicité » : une œuvre protégée

Le secteur de la publicité est un secteur dans lequel l'imagination et la créativité des individus sont sollicitées au premier plan. De nombreuses prouesses artistiques vont déboucher sur un résultat visible : une publicité originale et attractive ! Ce résultat constituera dans la plupart des cas une œuvre protégée par le droit de la propriété intellectuelle.

Même si cela semble évident mais sans vouloir toutefois nous étendre sur le sujet, insistons sur l'importance des questions relatives à la propriété intellectuelle liées à la création d'une publicité, tant en amont (les droits à obtenir lors de l'intégration dans une publicité d'une œuvre protégée par le droit d'auteur, le droit des signes distinctifs, les droits de la personnalité, etc) qu'en aval (la protection de la publicité comme œuvre en tant que telle, notamment par le droit d'auteur si elle se présente sous une forme originale)⁵¹.

⁵⁰ Le responsable du traitement est la personne physique ou morale, l'association de fait ou l'administration publique qui, seule ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel. Dans le domaine de la publicité, il conviendra donc de déterminer, au cas par cas et étant donné la multiplicité des intervenants, qui est responsable du traitement.

⁵¹ Sur cette question, le lecteur consultera utilement M. LEROY et B. MOUFFE, *Le droit de la publicité*, Bruylant, Bruxelles, 1996, pp. 27 à 225 ; Ch. CURTELIN, « L'utilisation des liens hypertextes, des frames et des méta-tags sur les sites d'entreprises commerciales », *D.I.T.*, n° 99/3, pp. 6 à 21.

Conclusion

La publicité sur Internet n'en est qu'à ses débuts mais déjà en pleine (r)évolution. Le marché publicitaire s'organise et les annonceurs s'approprient progressivement ce nouveau média. Ils prennent conscience de sa dimension, de sa puissance et réalisent que ses caractéristiques sont évolutives, multiformes et pas toujours faciles à maîtriser. Internet, par sa dimension interactive, élargit le champ traditionnel de la publicité. On peut à la fois informer, communiquer et proposer une transaction directe à l'internaute. Dans ce monde où tout change et évolue sans cesse, il faut pouvoir s'adapter rapidement et ne jamais dire « jamais » : ce qui apparaît impossible aujourd'hui le sera peut être, non pas dans 10 ans, mais dans 6 mois voire dans un délai plus rapproché. L'évolution de la technologie permettra demain des actions impossibles aujourd'hui : de la vidéo plein écran de parfaite qualité, des formats de bannières toujours plus surprenantes et créatives, des sites à l'ergonomie plus riche, ...

Si les bandeaux publicitaires et l'utilisation du courrier électronique apparaissent actuellement comme les techniques les plus répandues pour faire de la publicité sur Internet, il convient néanmoins de ne pas négliger d'autres formes telles que le message interstitiel, le sponsoring ou le partenariat au sein d'une page web voire des techniques plus *sournoises*, dans la mesure où la qualification de communication commerciale ou de publicité ne sera pas aisée, telles que certains hyperliens ou les métatags.

Ces évolutions technologiques sont impressionnantes et bousculent déjà les règles en la matière, pourtant récemment adoptées voire même non encore adoptées. En effet, un bandeau publicitaire peut-être qualifié de communication commerciale sans grande difficulté et les principes d'identification et de transparence peuvent aisément être mis en œuvre. Il sera par contre beaucoup moins évident en pratique de qualifier de communication commerciale l'utilisation de certains hyperliens ou de prouver que ceux-ci sont utilisés en vue d'effectuer de la publicité comparative. L'exercice s'avèrera encore plus difficile s'il s'agit de métatags, sans compter que l'application pratique du principe d'identification à cette forme éventuelle de publicité posera des problèmes certains.

Avec le développement accru du *marketing one-to-one*, facilité par l'ensemble des technologies qui gravitent autour d'Internet, on constate l'apparition de publicités de plus en plus ciblées. Cette évolution implique que les questions relatives à la protection des données à caractère personnel se posent avec encore plus d'acuité.

Pourtant, s'il convient de ne pas freiner ces évolutions technologiques profitables à tout un chacun, il faudra néanmoins qu'elles se réalisent dans le respect des législations existantes qui apparaissent comme un juste équilibre entre les impératifs économiques et l'intérêt général, et poursuivent toutes des objectifs légitimes, pour peut être un jour réconcilier technique et droit...

Didier GOBERT

didier.gobert@fundp.ac.be
www.crid.fundp.ac.be
www.consultandtraining.com